
EL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO*

●

Fabricio Mantilla Espinosa **

●

Recibido: febrero 28 de 2007

Aprobado: mayo 22 de 2007

Resumen

La existencia de un principio general de responsabilidad civil por culpa parece ser un dogma incontrovertible en el derecho colombiano; sin embargo, la evolución que han presentado las normas de indemnización de perjuicios en nuestro país ha conducido a una proliferación de regímenes de responsabilidad que excluyen

* Este ensayo está basado en las ponencias sobre el tema que, como conferencista invitado, presentó el autor en las Jornadas franco-latinoamericanas organizadas por la Association Henri Capitant, la Fundación Fernando Fueyo Laneri y las universidades Diego Portales (Santiago), Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Universidad de Chile y del Desarrollo (Concepción), en Chile en diciembre de 2006.

Agradezco muy especialmente a mis colegas y amigos Carlos Pizarro Wilson (Universidad Diego Portales), Álvaro Vidal Olivares (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Mauricio Tapia Rodríguez (Universidad de Chile), Bruno Caprile Biermann (Universidad del Desarrollo), Sebastián Picasso (Universidad de Buenos Aires), Carlos Mario Molina Betancur (Universidad de Medellín) y Erwin Santamaría Ariza (Universidad del Rosario) por sus invaluables sugerencias y críticas que hicieron posible la elaboración de este artículo.

Todas las citas de textos en francés son traducciones libres del autor.

** Abogado de la Universidad del Rosario (Bogotá); profesor principal de Contratos civiles y mercantiles, Investigador y Coordinador de la Línea de investigación sobre arbitraje del Grupo de investigaciones Carlos Holguín Holguín de la misma Universidad. Miembro del Colegio de Abogados de París (C.A.P.A.); D.E.A. en Derecho privado general (Universidad Paris II) y D.S.U. en Derecho internacional privado y en Derecho civil (Universidad Paris II). Secretario de tribunales arbitrales de la Cámara de Comercio de Bogotá y abogado consultor. Correo electrónico fabricio_mantilla@yahoo.fr

la culpa como condición de aplicación, tanto en materia extracontractual como contractual. Así las cosas, la teoría que parte de este supuesto "principio general" no parece corresponder a la realidad actual de la normativa colombiana. En este orden de ideas, el autor intenta controvertir la existencia de un verdadero principio general de responsabilidad civil por culpa, y poner de manifiesto las contradicciones en las que han incurrido la doctrina y jurisprudencia nacionales sobre la materia.

Palabras clave

Responsabilidad civil / culpa / responsabilidad subjetiva / responsabilidad objetiva

Abstract

The existence of a general principle of civil responsibility by fault seems to be an incontrovertible dogma in the Colombian law; nonetheless, the evolution that has taken place on the norms of perjuries-indemnities has led to a proliferation of responsibility regimes that exclude the fault as a complying condition in the contractual as well as the extra-contractual issues. Thus, the theory that stems from this supposedly "general principle" does not seem to correspond to the current reality of the Colombian normative. In this order of ideas, the author aims at making a controversy with the existence of a true general principle of civil responsibility by fault and expounding the contradictions committed by the national doctrine and jurisprudence over this issue.

Key words

Civil responsibility, fault, subjective responsibility, objective responsibility.

EL PRINCIPIO GENERAL DE RESPONSABILIDAD POR CULPA DEL DERECHO PRIVADO COLOMBIANO

El tema que me pidieron tratar en esta ocasión es el principio general de responsabilidad por culpa en el derecho privado colombiano. Mi país, en aquella época los Estados Unidos de Colombia, adoptó en 1873 el Código de don Andrés Bello, sin introducir modificaciones sustanciales. Chilenos y colombianos tenemos, entonces, unos textos legales idénticos en lo que

respecta a las normas llamadas de indemnización de perjuicios¹.

Como es bien sabido, el famoso "principio general de responsabilidad por culpa" no fue consagrado ni por el derecho romano, ni por el rey Alfonso X, El sabio, en sus Siete partidas. Aquél es una abstracción moderna inspirada, principalmente, en las teorías de Domat (siglo XVIII) estructuradas a partir de los textos de Hugo Grocio (siglo XVII) y los trabajos realizados por la escuela de Salamanca sobre la *Lex Aquilia* del derecho romano. Los juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, en

términos generales, acogieron estas teorías que vieron, finalmente, su consagración legal en el Código de Napoleón de 1804 (arts. 1382 y 1383 C.C. fr.) y luego fueron incluidas en el Código de Bello (arts. 2341 C.C. col. y 2314 C.C. ch.)².

Este régimen general de reparación de daños causados por actuaciones culposas, por una parte, contempla la reparación de la totalidad de los daños causados³, sin establecer listas limitativas de intereses protegidos -como lo dispone el principio de la *relatividad aquiliana*, de los sistemas de origen germánico-⁴ y, por otra parte, obliga a la reparación a la persona que causó el daño por su actuación culposa *en general*, es decir, sin exigir ninguna clase de culpa en particular. Adicionalmente, es importante precisar que esta norma tiene una *función residual*, es decir que, si la situación fáctica cumple con las condiciones de su supuesto de hecho, se aplicará a aquellas hipótesis que no se encuentren dentro del campo de aplicación de normas indemnizatorias especiales. Esto en cuanto a las normas denominadas "responsabilidad extracontractual".

Respecto de lo que actualmente designamos mediante la expresión "responsabilidad contractual", es menester precisar que el Código de Bello, al igual que el Código civil francés, no consagra en forma expresa un verdadero sistema de responsabilidad civil por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sino que se limita a establecer, en su Libro Cuarto (De las obligaciones en general y de los contratos), Título XII (Del efecto de las obligaciones), unas disposiciones que regulan la indemnización del daño emergente y el lucro cesante derivados del incumplimiento de obligaciones convencionales. Ahora bien, esto no significa, de ninguna manera, que la responsabilidad contractual no exista, como han pretendido algunos⁵, sino sólo que su estructuración se debe al trabajo emprendido por la jurisprudencia y la doctrina a partir del siglo XIX⁶.

Como la responsabilidad contractual ha sido reglamentada partiendo de los supuestos establecidos por las normas de la responsabilidad extracontractual, se suele afirmar que aquella también consagra la culpa como principio general⁷.

Ahora bien, sobre el particular es importante hacer dos precisiones preliminares: en primer lugar, la responsabilidad contractual por culpa, a diferencia de la extracontractual, no es por culpa *en general*, ya que, por un lado, el Código de Bello acogió la teoría tripartita de la culpa -desechada por los redactores del Código de Napoleón- lo cual implica que el deudor incumplido no indemniza los daños causados por su inejecución culposa *en general*, sino que, atendiendo al beneficio que le reporta el contrato, algunas veces responderá hasta por culpa levisima, otras hasta por culpa leve y otras sólo por dolo o culpa grave (arts. 63 C.C. col. y 44 C.C. ch.)⁸. Por otro lado, en materia contractual, a diferencia de lo que sucede en materia extracontractual, no siempre se utiliza el mismo sujeto hipotético de comparación para establecer la culpa. Así, pues, en algunos casos se hace referencia al famoso *buen padre de familia*⁹ pero, en otros se utiliza el *profesional avisado*. La doctrina suele designar esto mediante la expresión "responsabilidad profesional"¹⁰.

En segundo lugar, mientras que la responsabilidad contractual implica el incumplimiento de una obligación, la extracontractual no¹¹. El famoso "deber general de no causar daños" no es más que un objetivo que persigue el legislador a través de la consagración de *normas de responsabilidad* -aquéllas que crean la obligación de reparar un daño- y de *normas prohibitivas* -aquéllas que crean la obligación de no tener cierto comportamiento riesgoso, como mantener un edificio en ruinas o realizar conductas de desviación de clientela-¹². Para que exista una obligación, en sentido estricto, se necesita que las partes estén determinadas, es decir, que haya un deudor en cuyo patrimonio

se encuentre un elemento pasivo, y un acreedor que tenga el derecho correlativo en su patrimonio. Mientras que el supuesto *deber jurídico general* pesaría sobre todas las personas, sin que pudiéramos afirmar la existencia de un verdadero derecho correlativo en cabeza del resto de miembros de la comunidad, antes de la ocurrencia del daño¹³.

Sostener que Fulano tiene el *deber* de no hacer algo, implica que Zutano tiene el *derecho correlativo* para exigirle el comportamiento debido, es decir, impedirle que actúe, si aún no ha empezado a actuar, y obligarlo a que cese de actuar, si ya había comenzado su acción. Mientras que este supuesto *deber general* no tiene ningún *derecho general* correlativo que permita exigir al deudor cierto comportamiento antes de que se cause el perjuicio¹⁴.

A pesar de estas diferencias, la palabra "culpa" es, generalmente, utilizada tanto en materia extracontractual como contractual para expresar un juicio de valor respecto de una conducta concreta que es desaprobada, censurada, considerada reprochable por la sociedad¹⁵. Por esta razón, las normas que sancionan la indemnización de perjuicios causados por estos comportamientos tienen, en gran medida, una finalidad disuasiva¹⁶. Calificar un acto como culposo constituye un reproche, una censura que se hace a un comportamiento determinado, de acuerdo con las costumbres, la *forma de vida* de una sociedad específica. Así, la culpa sólo existe en el caso concreto, y no como un concepto abstracto y absoluto, una especie de "estado puro de la culpa" que pueda servir para explicar todas las conductas culposas y que exista de forma independiente de las distintas situaciones fácticas¹⁷.

En este ensayo, me limitaré a comentar brevemente cómo, en el derecho colombiano, este supuesto *principio general de responsabilidad por culpa* ya no es tan general, puesto que su aplicación se ha venido restringiendo a causa de la proliferación de regímenes objetivos de

indemnización de perjuicios (I), para luego analizar cómo la jurisprudencia y la doctrina de mi país han terminado por establecer un verdadero *mito jurídico* con el objeto de mantener la palabra "culpa" en su discurso (II).

I

Normalmente, se entiende que los regímenes subjetivos¹⁸ de responsabilidad son aquellos cuyas normas exigen que el sujeto normativo haya actuado con culpa, a fin de obligarlo a reparar el daño, mientras que las normas de los regímenes objetivos¹⁹ no establecen ningún juicio de valor como condición de sus supuestos de hecho.

Si bien es cierto que los regímenes objetivos de responsabilidad no son un fenómeno novedoso en nuestro sistema jurídico, es innegable que se ha presentado un gran incremento de ellos tanto en materia extracontractual (A), como contractual (B).

A. En materia extracontractual, encontramos algunos artículos del Código civil colombiano que establecen la obligación de indemnizar perjuicios en cabeza del sujeto normativo sin que haya lugar a hacer un juicio de valor - un reproche circunstanciado y relativo respecto de una persona determinada-, sino que, por el contrario, la conducta se califica de forma general y abstracta; por ejemplo, el dueño de un edificio en ruinas (art. 2350 C.C. col.)²⁰, aquél que tiene un animal fiero del que no se reporta utilidad (art. 2354 C.C. col.)²¹ y las personas que habitan el edificio del cual cae una cosa (art. 2355 C.C. col.)²².

Sin embargo, quiero centrarme en el régimen de responsabilidad por daños causados en desarrollo de actividades peligrosas, creado por la jurisprudencia colombiana a mediados de los años treinta²³, mediante una interpretación finalista del texto del artículo 2356 de nuestro Código civil (art. 2329 C.C. ch.)²⁴. La Corte Suprema de Justicia de Colombia, basándose en las teorías del Decano Alessandri Rodríguez,

interpretó una norma que establece la obligación de indemnizar los perjuicios que cause una persona en desarrollo de ciertas actividades consideradas "peligrosas"²⁵, sin que la víctima deba probar la culpa y sin que el agente pueda exonerarse de responsabilidad mediante la prueba de la ausencia de culpa²⁶.

Estas actividades no son agrupadas en una lista taxativa, sino que constituyen una verdadera *noción de contenido variable* que la jurisprudencia ha ido adaptando de acuerdo con las necesidades de la sociedad colombiana²⁷.

Veamos un fallo de nuestro tribunal supremo que resume bastante bien la cuestión:

Tomando como punto de partida los ejemplos que trae el art. 2356, los cuales se explican para la época de expedición del código, la jurisprudencia de la Corte y la doctrina particular, analógicamente y en consideración a casos concretos, ha venido calificando como actividades peligrosas, las labores que conllevan al empleo de máquinas o la generación, utilización, distribución o almacenamiento de energías. En este orden, han señalado como actividades peligrosas, entre otras, la conducción de vehículos automotores terrestres, la aviación, la construcción de un edificio, la utilización de elevadores de carga, la conducción de ganado frente a los peatones, fumigaciones aéreas, utilización de explosivos, los gases residuales de las fábricas, las chimeneas de instalaciones industriales, etc. [...] ²⁸.

Este régimen objetivo de responsabilidad por actividades peligrosas ha adquirido un campo de aplicación realmente amplio en detrimento del régimen general por culpa (art. 2341 C.C. col.). En la actualidad, no son muchas las hipótesis en las cuales la jurisprudencia colombiana condena con base en el artículo 2341 del Código civil (art. 2314 C.C. ch.)²⁹; el campo de aplicación de esta norma se ha reducido, prácticamente, a ciertos casos de competencia des-

Los regímenes objetivos de responsabilidad no son un fenómeno novedoso en nuestro sistema jurídico,

leal³⁰, de abuso del derecho por denuncias penales en materia civil³¹, de responsabilidad en el periodo precontractual –llamada por algunos "responsabilidad precontractual"³² y de indemnización de daños por rebote³³.

B. En materia contractual, desde la primera mitad del siglo XX, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se ha servido de la clasificación de las obligaciones en *de medios* y *de resultado* –propuesta inicialmente por Démogue y desarrollada ampliamente por la doctrina francesa– con el fin de precisar los regímenes objetivos y subjetivos de reparación de daños por incumplimientos de obligaciones convencionales³⁴.

Dentro de esta óptica, el incumplimiento de una obligación de medios da lugar a un régimen subjetivo de responsabilidad que puede ser con culpa probada –la carga de la prueba se encuentra en cabeza del demandante– o con culpa presunta –es al demandado a quien le compete probar en contrario–, mientras que el incumplimiento de una obligación de resultado conlleva un régimen objetivo de responsabilidad, puesto que el acreedor insatisfecho no está obligado a probar la culpa del deudor incumplido y éste tampoco puede exonerarse demostrando la ausencia de culpa.

La jurisprudencia colombiana ha considerado, tradicionalmente, de resultado las obligaciones de entregar una cosa, pagar un precio y abstenerse de hacer algo³⁵. Sin embargo, en los últimos años, tanto el legislador como los jueces han aumentado considerablemente el número de obligaciones de resultado de hacer, distintas de las entregas no traslaticias de

dominio. Así, pues, se consideran obligaciones de resultado las del transportador (arts. 992, 1003 y 1030 C.Co. col.), el depositario comerciante (art. 1171 C.Co. col.), las entidades financieras que prestan el servicio de cajillas de seguridad (art. 1417 C.Co. col.), etc. Adicionalmente, la jurisprudencia, con base en el artículo 1603 del Código civil (arts. 1546 C.C. ch. y 1134 C.C. fr.), ha venido consagrando ciertas obligaciones de información y consejo o de seguridad³⁶ en cabeza de algunos profesionales como médicos³⁷, contadores públicos³⁸ y entidades financieras³⁹, obligaciones que, generalmente, son consideradas de resultado.

Esta proliferación de las obligaciones de resultado implica una mayor exigencia en cuanto al cumplimiento de los vínculos contractuales y, a todas luces, se encuentra vinculada al surgimiento de una nueva categoría jurídica para clasificar a los sujetos de derecho, como *profesionales*⁴⁰ y *profanos*⁴⁰.

Vemos cómo, en el Derecho colombiano, el supuesto principio general de responsabilidad por culpa ha venido cediendo terreno paulatinamente a los regímenes objetivos, tanto en materia extracontractual, como contractual. Sin embargo, la jurisprudencia y doctrina de mi país han creado un verdadero *mito jurídico* para tratar de ocultar este fenómeno y mantener la palabra "culpa" dentro de su discurso.

II

La exigencia de la culpa como condición para condenar a la reparación de los daños que se producen por las actuaciones de los individuos se encuentra profundamente anclada en el inconsciente de nuestras sociedades occidentales; esto obedece no sólo al deseo de establecer un parámetro de comportamiento que sirva de guía y, al mismo tiempo, permita inhibir aquellas actuaciones que son censuradas por la comunidad, sino, además, a la idea de infligir un castigo por un comportamiento considerado reprochable⁴¹.

Que se deba pagar una indemnización por el daño causado a otro por su actuación culposa parece una exigencia fundamental de la justicia: *opera enim illorum sequuntur illos*. Esta idea está igualmente relacionada con la idea del castigo, la cual se halla anclada en lo más profundo de nuestras mentes. El recuerdo del fruto prohibido, escribía Bergson, es quizás lo más antiguo que se encuentra tanto en la memoria de cada uno de nosotros, como en la memoria de la humanidad misma⁴².

Sin embargo, en la actualidad, la responsabilidad civil no parece responder a un problema de justicia entre dos partes. Así, la sociedad moderna ha tratado de romper el binomio victimario-víctima con el objetivo de distribuir los costos de los daños dentro de un grupo social más amplio. Para cumplir con este propósito, se han incrementado los regímenes objetivos de responsabilidad –para así aumentar las probabilidades de trasladar los costos de la víctima al victimario– y se han desarrollado los seguros de responsabilidad civil –para trasladar los costos del victimario a todos los tomadores que pagan las primas del seguro–⁴³. Esto se encuentra más acorde con las exigencias propias de la concepción del *Estado de bienestar* (*Welfare State*)⁴⁴.

Lo paradójico es que nuestra jurisprudencia, como ya lo vimos, ha incrementado notablemente los regímenes objetivos de responsabilidad, pero, al mismo tiempo, les niega tal carácter, sirviéndose, principalmente, de una *presunción irrefragable de culpa* (**A**). Esto ha traído como consecuencia la inclusión de grandes contradicciones en el razonamiento y, por ende, el oscurecimiento de los conceptos de responsabilidad civil (**B**)⁴⁵.

A. Nuestra jurisprudencia suele servirse de la teoría de la *presunción irrefragable de culpa* con el fin de excluir el juicio de valor respecto del agente y, a la vez, mantener la palabra "culpa" en su argumentación. Así, en el caso de la responsabilidad extracontractual por daños cau-

sados en el desarrollo de actividades peligrosas, sostiene:

[...] [S]egún la doctrina interpretativa del artículo 2356 del Código civil, explicada y sostenida en multitud de decisiones por la Corte, significa lo anterior que en cuanto hace a la prueba de la culpa del demandado es la aludida actividad, por efecto de la naturaleza peligrosa que le es propia, una de aquellas en que opera la consecuencia probatoria práctica de hacer comparecer a dicho demandado en situación de culpa presunta [...], presunción de cuyo efecto indemnizatorio no puede liberarse del todo sino en cuanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña [...]⁴⁶.

En la hipótesis de los daños causados por incumplimiento de obligaciones contractuales de resultado, nuestro máximo tribunal argumenta:

El criterio cardinal sobre el que descansa el sistema no es otro distinto al que normalmente impera cuando se trata de obligaciones contractuales, según el cual el deudor de obligaciones de tal estirpe se encuentra de pleno derecho en falta cuando no las ejecuta y no puede demostrar que esa inejecución no le incumbe, lo que de hecho significa instituir una presunción de culpa [...], presunción que no es absoluta puesto que el deudor puede destruirla probando que su incumplimiento obedeció a fuerza mayor o caso fortuito que sobrevino sin culpa y antes de estar constituido en mora (artículo 1604 del C.C.)⁴⁷.

A través de esta presunción de culpa que no admite prueba en contrario, la jurisprudencia colombiana pretende justificar el "castigo" impuesto por todos los regímenes de indemnización de perjuicios mediante un reproche moral por un comportamiento considerado

censurable, lo cual parece claramente inspirado en reglas generales enunciadas a partir de los principios de la moral judeo-cristiana⁴⁸:

En Colombia, a pesar de la utilización más o menos esporádica del término 'riesgo' [...], la Corte Suprema ha insistido en que la responsabilidad civil extracontractual prevista en el Código Civil viene impregnada de las tesis subjetivas que entronizan la culpa como criterio fundamental de la responsabilidad⁴⁹.

Sin embargo, para fundamentar su decisión, nuestro máximo tribunal suele hacer referencia a una supuesta tradición romana⁵⁰:

No se ve, por tanto, razón alguna para reemplazar este sistema profundamente humanístico y justiciero por la concepción materialista de la absoluta responsabilidad objetiva. [...] En suma: si nuestro C.C., siguiendo la tradición latina, tomó de sus modelos la institución de la responsabilidad subjetiva, con ese criterio han de interpretarse todos los preceptos de dicha obra que tocan con tal materia [...]⁵¹.

B. Empero, esta argumentación es un mero juego de palabras utilizado para excluir la culpa, como juicio de valor, de algunas normas de responsabilidad civil y, a la vez, servirse del vocablo para sostener la existencia de un fundamento moral único de la responsabilidad civil en el derecho colombiano⁵².

Explico mi afirmación: una *norma de responsabilidad* subjetiva tiene, en principio, la siguiente estructura: *supuesto de hecho*, conducta calificada como culposa, daño y vínculo causal. *Sanción*, indemnizar. Si la aparejamos con una norma que consagre una presunción de culpa, el supuesto de hecho de la *norma de responsabilidad* sigue siendo el mismo, sólo que ahora una *norma de presunción* le permite al demandante probar solamente la conducta que causa el daño y lo libera de la prueba de la cul-

pa. Sin embargo, si el demandado logra probar la ausencia de culpa, no se aplica la sanción, puesto que la conducta no cumplió con todas las condiciones del supuesto de hecho de la *norma de responsabilidad*⁵³.

Ahora bien, si afirmamos que la presunción no admite prueba en contrario, ya no estaremos frente a dos normas, una respecto del fondo –la *norma de responsabilidad*– y otra concerniente a la prueba –la *norma de presunción*–, sino, simple y llanamente, frente a una modificación de la *norma de responsabilidad*, de tal suerte que la culpa es eliminada como condición de su supuesto de hecho. En efecto, la culpa se excluye en la acción: el demandante no tiene que probarla; y se excluye en la excepción: el demandado no puede, tampoco, argumentarla como causal de exoneración. ¿En dónde se encuentra, entonces, la culpa? ¿Cuándo se hace el juicio de valor de la conducta del agente? A estas preguntas sólo podría responderse de la siguiente manera: no se hace juicio de valor alguno, en ningún momento y en ningún caso. Está excluido⁵⁴.

Normalmente se afirma que la presunción de culpa sólo se puede desvirtuar mediante la prueba de la causa extraña; sin embargo, esto resulta igualmente criticable, ya que la culpa es una calificación subjetiva del comportamiento del agente, y la causa extraña sólo sirve para probar en contra del nexo causal –que es otra de las condiciones del supuesto de hecho de la *norma de responsabilidad*–. Cuando se dice que un comportamiento es culposos se está sosteniendo “Fulano, usted actuó mal”, y si Fulano logra probar la causa extraña estará diciendo “el que causó el daño fue Mengano o tal cosa, y no yo”. Vemos cómo la prueba de la causa extraña no está encaminada a demostrar que el agente actuó bien -sin culpa-, sino que su actuación, culposa o inculpable, no causó el daño.

También suele argumentarse que regímenes de responsabilidad como el de las activida-

des peligrosas no son, realmente, objetivos, sino que sólo implican una “presunción de responsabilidad”⁵⁵. Empero, esta explicación no aporta absolutamente nada a la discusión y se limita a oscurecerla mediante la utilización de expresiones desprovistas de sentido. Explico mi afirmación: una *norma de responsabilidad* tiene dos elementos: (i) un supuesto de hecho con varias condiciones, un comportamiento –que en los regímenes subjetivos se califica como culposos-, un daño y un vínculo causal; y (ii) una sanción: indemnizar. Así, pues, si el comportamiento de Fulano encuadra en el supuesto de hecho de la norma –cumple con sus condiciones de aplicación-, estará obligado a reparar el daño, será “responsable” del perjuicio. Ahora bien, las *normas de presunción* se refieren a los supuestos de hecho de otras normas, estableciendo facilidades probatorias. En este orden de ideas, respecto de las *normas de responsabilidad*, se podrían presumir la culpa del comportamiento, el daño o el vínculo causal; es decir, una presunción se refiere a las condiciones del supuesto de hecho y no a la sanción. Si un comportamiento –el “ser”- corresponde al supuesto de hecho de una norma –el “deber ser”-, se dice que la sanción “le es aplicable”, y no que ésta “se le presume”. “Presunción de responsabilidad” es una frase desprovista de sentido, ya que el verbo “presumir” no puede predicarse del vocablo “responsabilidad”, de la misma forma en que el adjetivo “azul”, en principio, no puede predicarse de un sustantivo como “canción”⁵⁶.

¿Por qué, entonces, la doctrina insiste en servirse de esta expresión engañosa? Personalmente, pienso que lo hace para evitar la utilización abierta de la expresión “responsabilidad objetiva”. Estas frases que se usan en lugar de otras son bastante corrientes en el lenguaje ordinario. Así, por ejemplo, se suele decir a los niños que los bebés son traídos por cigüeñas desde París, en lugar de explicarles el proceso de la procreación humana. Sin embargo, en lenguaje del Derecho, estos expedientes resultan

muy infortunados. La existencia de regímenes de responsabilidad que excluyen la culpa como condición de aplicación es una realidad que no tiene por qué ocultarse por medio de expresiones sin sentido.

Como pudimos ver, la famosa presunción de culpa que no admite prueba en contrario no es más que un juego de palabras utilizado para excluir el juicio de valor de algunos regímenes de indemnización de perjuicios⁵⁷ y, al mismo tiempo, sostener la existencia de un fundamento único de la responsabilidad civil basado en una supuesta tradición de origen romano⁵⁸. Esto es lo que se conoce como un *mito jurídico*: una argumentación que no guarda ninguna coherencia con el resto del sistema y que es aceptada como un dogma absoluto e indiscutible⁵⁹.

*
* *

Vemos cómo el derecho privado colombiano no cuenta con un importante número de regí-

menes objetivos de responsabilidad, tanto en materia extracontractual como contractual, que tienen un amplio campo de aplicación, lo cual nos permite concluir que la responsabilidad por culpa se encuentra lejos de constituir un principio general en mi país⁶⁰. Sin embargo, la jurisprudencia suele servirse de teorías bastante criticables con el fin de mantener el vocablo "culpa" dentro de su discurso. Esto me recuerda un célebre diálogo entre Mefistófeles y el estudiante, en Fausto, de Goethe:

"El estudiante. Sin embargo, toda palabra debe contener siempre una idea.

Mefistófeles. Según, pero no debe uno inquietarse mucho por esto, porque cuando faltan ideas, hay palabras que pueden sustituirlas; con ellas puede discutirse enérgicamente, y hasta con ellas erigirse un sistema. Como las palabras son fácilmente creídas, no se borraría de ellas ni una coma"⁶¹.

Bibliografía

- BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ed. Jurídica, Santiago, 2006.
- BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Précis de droit civil*. Tome I. Ed. Sirey, Paris, 1922.
- BERG, Oliver. L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française. *RTD civ*. Paris, 2006, 1, pp. 53 a 62.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Ed. Palestra, Lima, 2006.
- CALABRESI, Guido. "El costo de los accidentes". In Rosenkrantz, Carlos. *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Gedisa/Yale Law School/Universidad de Palermo, Barcelona, 2005, pp. 85 a 103.
- CAPITANT, Henri. Sur l'abus des droits. *RTD civ*. Paris, 1928, pp. 371 a 374.
- CARBONNIER, Jean. *Droit et passion du droit sous la Ve République*. Ed. Champs / Flammarion, Paris, 2006.

- CASTAÑEDA CÁCERES, Paola. *La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia*. Memoria de grado, dirigida por Fabrizio Mantilla Espinosa. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, inédita.
- CORNU, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Ed. PUF, Paris, 1996.
- CORTÉS, Edgar. La culpa contractual en el sistema jurídicos latinoamericano. Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 2001.
- DE LORENZO, Miguel Federico. "Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado". In Alterini, Atilio y Nicolau, Noemí. *El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciufo Caldani*. Ed. La ley, Buenos Aires, 2005.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. "La responsabilidad profesional no existe". In De los Mozos y De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo 5, Ed. Grijley, Lima, 2006, pp. 357 a 393.
- Don Alfonso el sabio. *Las siete partidas*. Tomo Cuarto. Sexta y Setena Partida. Ed. Lecointe et Lasserre, Paris, 1843.
- GAUDEMET, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Ed. Sirey, Paris, 1965.
- GAZZANIGA, Jean-Louis. *Introduction historique au droit des obligations*. Ed. PUF, Paris, 1992.
- GOETHE, J. W. *Fausto*. Trad. Edimat libros S.A. Ed. Sol 90, Barcelona, 2000.
- HARE, Richard Mervyn. *El lenguaje de la moral*. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Ed. UNAM, México, 1975.
- HOHFELD, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1997.
- JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Col. Ensayos No. 8, Bogotá 2006.
- LARROUMET, Christian. "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente". In Pizarro Wilson, Carlos. *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídicos. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 17 a 32.
- LARROUMET, Christian. *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Trad. Viviana Díaz Perilla. Ed. Legis/Universidad del Rosario/Ambassade de France, Bogotá, 2006.
- LECENE-MARENAUD, Marianne. Le rôle de la faute dans les quasi-contrats. *RTD civ*, Paris, 1994, 3, pp. 515 a 541.
- LE TOURNEAU, Philippe. La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *RTD civ*, 3, 1988, pp. 505 a 518.
- LEVY, Jean-Philippe et Castaldo, André. *Histoire du droit civil*. Ed. Dalloz, Paris, 2002.
- LIMPENS, Jean. "La faute et l'acte illicite en droit comparé". In *Mélanges Dabin*. Tome II. Ed. Bruylant / Sirey, Bruxelles / Paris, 1963, pp. 723 a 741.
- LIMPENS, Jean. "La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé". In *Mélanges Savatier*. Ed. Dalloz, Paris, 1965, pp. 559 a 581.

- MALAUURIE, Philippe et Aynès, Laurent. *Droit civil. Les obligations*. Ed. Cujas, Paris, 1998.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. "La influencia del *Code civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano". In Pizarro Wilson, Carlos y Tapia Rodríguez, Mauricio. *De la codificación a la descodificación*. Cuadernos de análisis jurídicos II. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005, pp. 81 a 92.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. *Revista de responsabilidad civil y seguros*. No. XII. Ed. La ley, Buenos Aires, 2006, pp. 125 a 137.
- MANTILLA ESPINOSA, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. "La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del Código Civil colombiano". In Pizarro Wilson, Carlos. *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídicos I. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 235 a 247.
- MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis, Bogotá, 2003.
- MARTY, Gabriel. "L'expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du droit comparé". In *Mélanges Maury*. Tome II, Paris, 1960, pp. 177 a 181.
- MARTY, Gabriel. "Illicéité et responsabilité". In *Mélanges Julliot de la Morandière*, pp. 339 a 350.
- MIRANDA LONDOÑO, Alfonso. *Compilación de normas sobre derecho de la competencia en Colombia*. Ed. Universidad Javeriana / Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005.
- MONATERI, P.G. "Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica romana". In *La invención del derecho privado*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Ed. Siglo del hombre, Bogotá.
- NAKHNIKIAN, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998.
- OPPETIT, Bruno. *Droit et modernité*. Ed. PUF, Paris, 1998, p. 179.
- PÉREZ VIVES, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen II, Parte primera. Ed. Temis, Bogotá, 1954.
- REMY, Philippe. La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept. *RTD civ*, Paris, 1997, 2, pp. 323 a 355.
- RODIERE, René. "La présomption de responsabilité du fait des choses inanimées". In *Études offertes à Georges Ripert. Le droit privé français au milieu du XXème siècle*. Tome II Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950.
- ROSS, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo II. Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 2005.
- SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo III. Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.
- SAVAUX, Éric. La fin de la responsabilité contractuelle ? *RTD civ*, Paris, 1999, 1, pp. 1 a 26.
- SEARLE, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antoni Doménech. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997.
- SEARLE, John. *Mente, lenguaje y sociedad*. Trad. Jesús Alborés. Ed. Alianza / Ensayo, Madrid, 2001.

- SILVA ROMERO, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Ed. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris 2002.
- TALLON, Denis. L'inexécution du contrat : pour une autre présentation. *RTD civ.*, Paris, 1994, 2, pp. 223 a 238.
- TALLON, Denis. "Pourquoi parler de faute contractuelle ?" In *Droit, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*. Ed. PUF, Paris, 1994, pp. 429 a 439.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica*. Ed. Diké, Medellín, 2001.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. "La responsabilidad civil del fiduciario". In De los Mozos y De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo 5, Ed. Grijley, Lima, 2006, pp. 311 a 331.
- TERESTCHENKO, Michel. *Philosophie politique*. Tome I. Ed. Hachette, Les fondamentaux, Paris, 1994.
- TUNC, André. *La responsabilité civile*. Ed. Economica, Paris, 1989.
- VILLEY, Michel. *Le droit romain*. Coll. Que sais-je? Ed. PUF, Paris, 1993.
- VILLEY, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Ed. PUF, Paris, 2003.
- VINEY, Geneviève. "La responsabilité contractuelle en question". In *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XIXème siècle*. Ed. LGDJ, Paris, 2001, pp. 921 a 947.
- VINEY, Geneviève. "Pour ou contre un 'principe général' de responsabilité civile pour faute ?" In *Études offertes à Pierre Catala*. Ed. Litec, Paris, 2001, pp. 554 a 568.
- VON WRIGHT, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Ed. UNAM, México, 1998.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Ed. Crítica, Barcelona, 1988.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Trad. Francisco Gracia Guillén. Ed. Tecnos, Madrid, 2001.

Notas

- 1 Véase: Mantilla Espinosa, Fabrizio. "La influencia del *Code civil* y la doctrina francesa en el derecho de las obligaciones colombiano". In Pizarro Wilson, Carlos y Tapia Rodríguez, Mauricio. *De la codificación a la descodificación*. Cuadernos de análisis jurídicos II. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2005, pp. 81 a 92.
- 2 Consúltese al respecto: Villey, Michel. *Le droit romain*. Coll. Que sais-je? Ed. PUF, Paris, 1993, pp. 95 a 99., Gazzaniga, Jean-Louis. *Introduction historique au droit des obligations*. Ed. PUF, Paris, 1992, pp. 211 a 252., Lévy, Jean-Philippe et Castaldo, André. *Histoire du droit civil*. Ed. Dalloz, Paris, 2002, pp. 879 a 918., Don Alfonso el sabio. *Las siete partidas*. Tomo Cuarto. Sexta y Setena Partida. Ed. Lecoite et Lasserre, Paris, 1843, pp. 581 a 604., Pérez Vives, Álvaro. *Teoría general de las obligaciones*. Volumen II, Parte primera. Ed. Temis, Bogotá, 1954, pp. 56 a 59.
- 3 La obligación de reparar integralmente el daño no es una característica exclusiva de la responsabilidad por el hecho culposo, sino que, por el contrario, parece constituir una regla general aplicable a todos los regímenes de indemnización de perjuicios del derecho civil colombiano. Además, esta reparación integral no parece verse afectada por la existencia de un

sistema de seguridad social. Consúltase al respecto: C.S.J. Cas. Civ. 22/10/1998. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2494, pp. 831 a 840.

- 4 Al respecto, consúltase: Limpens, Jean. "La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé". In *Mélanges Savatier*. Ed. Dalloz, Paris, 1965, pp. 559 a 581., Berg, Oliver. L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française. *RTD civ.* Paris, 2006, 1, pp. 53 a 62., y Viney, Geneviève. "Pour ou contre un 'principe général' de responsabilité civile pour faute ?" In *Études offertes à Pierre Catala*. Ed. Litec, Paris, 2001, pp. 554 a 568.

"No resulta menos cierto que, en el derecho alemán, el hecho generador de la responsabilidad varía de acuerdo con la naturaleza del daño causado, algunas veces basta con probar una negligencia, otras veces, se exige una culpa más grave". Berg, Oliver. *Op. cit.*, p. 54.

- 5 Véase: Rémy, Philippe. La "responsabilité contractuelle": histoire d'un faux concept. *RTD civ.*, Paris, 1997, 2, pp. 323 a 355., y Savaux, Éric. La fin de la responsabilité contractuelle ? *RTD civ.*, Paris, 1999, 1, pp. 1 a 26.
- 6 Consúltase al respecto: Larroumet, Christian. "A propósito de la negación de la responsabilidad contractual en la doctrina francesa reciente". In Pizarro Wilson, Carlos. *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídicos. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 17 a 32., y Viney, Geneviève. "La responsabilité contractuelle en question". In *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XIXème siècle*. Ed. LGDJ, Paris, 2001, pp. 921 a 947.
- 7 Véase una crítica radical al respecto en: Tallon, Denis. "Pourquoi parler de faute contractuelle ?" In *Droit, procédure, linguistique juridique. Écrits en hommage à Gérard Cornu*. Ed. PUF, Paris, 1994, pp. 429 a 439., y Tallon, Denis. L'inexécution du contrat : pour une autre présentation. *RTD civ.*, Paris, 1994, 2, pp. 223 a 238.

Sobre la importancia de la culpa en las situaciones calificadas como cuasicontractuales, véase: Lecene-Marénaud, Marianne. Le rôle de la faute dans les quasi-contrats. *RTD civ.*, Paris, 1994, 3, pp. 515 a 541.

- 8 Sin embargo, en materia extracontractual, existen casos excepcionales en los que el legislador exige una clase particular de culpa para condenar a la indemnización de perjuicios; véase, por ejemplo, los artículos 298, 955, 2306 y 2319 del Código Civil colombiano.
- 9 Consúltase al respecto: Pérez Vives, Álvaro. *Op. cit.*, pp. 13 a 51., y Cortés, Edgar. *La culpa contractual en el sistema jurídicos latinoamericano*. Ed. Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 116 a 125.
- 10 Sobre la responsabilidad profesional, consúltase: De Trazegnies Granda, Fernando. "La responsabilidad profesional no existe". In De los Mozos y De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Responsabilidad civil. Derecho de daños*. Tomo 5, Ed. Grijley, Lima, 2006, pp. 357 a 393.
- 11 Para profundizar al respecto, consúltase: Limpens, Jean. "La faute et l'acte illicite en droit comparé". In *Mélanges Dabin*. Tome II. Ed. Bruylant / Sirey, Bruxelles / Paris, 1963, pp. 723 a 741., Marty, Gabriel. "L'expérience française en matière de responsabilité civile et les enseignements du droit comparé". In *Mélanges Maury*. Tome II, Paris, 1960, pp. 177 a 181., Mary, Gabriel. "Illicéité et responsabilité". In *Mélanges Julliot de la Morandière*, pp. 339 a 350., Capitant, Henri. Sur l'abus des droits. *RTD civ.* Paris, 1928, pp. 371 a 374., Berg, Oliver. *Op. cit.*, pp. 56 y 57., y Gaudemet, Eugène. *Théorie générale des obligations*. Ed. Sirey, Paris, 1965, pp. 391 y 392.
- 12 Sobre la idea de justicia como objetivo perseguido por el legislador, consúltase: Ross, Alf. *Sobre el derecho y la justicia*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997, pp. 345 a 353.

- 13 "El deber general e indeterminado, sancionado por el art. 1382 [2341 C.C. col.] no constituye una obligación en el sentido propio y estricto del término; ya que al cobijar indistintamente a todas las personas, éste no grava, en particular, el patrimonio de ninguna de ellas". Baudry-Lacantinerie, G. *Précis de droit civil*. Tome I. Ed. Sirey, Paris, 1922, p. 59.
- 14 Sobre los correlativos *obligación y derecho*, consúltese: Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. Trad. Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1997.

Véase también: Von Wright, Georg Henrik. *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Ed. UNAM, México, 1998, p. 39.
- 15 "Culpa" y "delito" no son expresiones descriptivas que se limitan a enunciar meras situaciones de hecho y a dar cuenta de atributos o características propias de cierta clase de comportamientos. Véase al respecto: Nakhnikian, George. *El derecho y las teorías éticas contemporáneas*. Trad. Eugenio Bulygin y Genaro Carrió. Ed. Fontamara. Col. BÉFDP, México, 1998, pp. 48 y 49.
- 16 Los *juicios de valor* sirven para guiar las acciones de los hombres, es decir, proporcionan una razón para hacer algo. Véase al respecto: Hare, Richard Mervyn. *El lenguaje de la moral*. Trad. Genaro Carrió y Eduardo Rabossi. Ed. UNAM, México, 1975.
- 17 "La idea de que un concepto general es una propiedad común de sus casos particulares está conectada con otras ideas primitivas y demasiado simples de la estructura del lenguaje. Es comparable con la idea de que las *propiedades* son *ingredientes* de las cosas que tienen las propiedades; por ejemplo, que la belleza es un ingrediente de todas las cosas bellas como el alcohol lo es de la cerveza y el vino, y que, por tanto, podríamos conseguir la pura belleza, no adulterada por ninguna cosa bella". Wittgenstein, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Trad. Francisco Gracia Guillén. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 45.
- 18 "A menudo hablamos de juicios que nos resultan 'subjetivos' cuando queremos decir que su verdad o falsedad no es una simple cuestión de hecho, sino que depende de ciertas actitudes, sentimientos y puntos de vista de los proferidores o de los oyentes del juicio en cuestión. Ejemplo de tal tipo de juicios podría ser: 'Rembrandt es mejor artista que Rubens'. En este sentido de 'subjetivo', contrastamos esos juicios subjetivos con juicios objetivos tales como: 'Rembrandt vivió en Ámsterdam en el transcurso del año 1632'". Searle, John. *La construcción de la realidad social*. Trad. Antoni Doménech. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 1997, p. 27.
- 19 "[...] [U]na proposición se considera objetiva si se puede saber si es cierta o falsa con independencia de los sentimientos, actitudes y prejuicios de las personas". Searle, John. *Mente, lenguaje y sociedad*. Trad. Jesús Alborés. Ed. Alianza / Ensayo, Madrid, 2001, p. 49.
- 20 Consúltese al respecto: Véase: C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1978. M.P. Ricardo Uribe Holguín, G. J., número 2399 pp. 54 y 55., C.S.J. Cas. Civ. 4/12/1963. M.P. Enrique López de la Pava, G. J., números 2268 – 2269, p. 279., y C.S.J. Neg. Gen. 9/10/1963. M.P. Efrén Osejo Peña, G. J., números 2268 – 2269, p. 708.
- 21 Véase: C.S.J. Sala Plena, 6/04/1989. M.P. Jairo Duque Pérez. G.J. número 2436 pp. 143 a 147.

Adicionalmente, el artículo 108 F de la ley 746 de 2002 estableció expresamente que el propietario de un *perro potencialmente peligroso* asume la posición de "garante" de los daños que éste pueda ocasionar. La Corte Constitucional colombiana, en sentencia C-692 de 2003, confirmó la constitucionalidad de esta disposición y, además, precisó que la posición de garante no se limita al propietario sino que debe extenderse a cualquiera persona que tenga una especie de guarda del animal.

- 22 Así, pues, a pesar de que el código exija que el edificio se encuentre en ruinas porque ha habido descuido en su mantenimiento, en la práctica, nunca se realiza el juicio de valor para establecer la culpa. Por ejemplo, Fulano adquiere el inmueble en ruinas mediante donación y ese mismo día éste causa un daño a un transeúnte; nadie osaría reprocharle negligencia a Fulano y, sin embargo, le es aplicable la norma del artículo 2350 del Código Civil colombiano (art. 2323 C.C. ch.). Éste es uno de los raros casos en los cuales una expresión normalmente valorativa, "faltar al cuidado de un buen padre de familia", ha perdido esta característica para devenir meramente descriptiva. Esto mismo puede sostenerse de las hipótesis de los artículos 2354 y 2355 (arts. 2327 y 2328 C.C. ch.).

Para emitir un juicio de valor –calificar una conducta como culposa– se utilizan unas pautas –normalmente, un hombre prudente y diligente no tiene animales fieros en su casa, ni mantiene su inmueble en ruinas, ni deja macetas de flores en el borde del balcón de su casa– que si son utilizadas de manera coherente y constante, para emitir el juicio, pueden llegar a adquirir cierta fuerza descriptiva, lo cual no significa que, en principio, la palabra valorativa "culpa" se haya vuelto meramente descriptiva, como sucedió en la hipótesis del artículo 2350 del Código Civil colombiano.

"Conocer el significado descriptivo es conocer qué pautas está usando quien emite el juicio. Tomemos un caso en el que la pauta es bien conocida. Si un sacerdote dice de una muchacha que es buena, nos podemos formar una idea acerca de cómo es ella: pensaremos, por ejemplo, que concurre a la iglesia. Por eso es fácil caer en el error de suponer que, al decir que es una muchacha buena, el sacerdote quiere simplemente decir que ella tiene estas características descriptivas. [...] También se propone (*means*) encomiarla por tenerlas; y esta parte de lo que él quiere decir (*his meaning*) es la primaria". Hare, Richard Mervyn. *Op. cit.*, p. 142.

- 23 C.S.J. Cas. Civil. 14/03/38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J., t. XLVI, N° 1936, p. 211 a 217 y C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, N° 1936, p. 560 a 565.
- 24 Para un análisis completo al respecto, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabricio y Ternera Barrios, Francisco. "La interpretación *contra legem* del artículo 2356 del Código Civil colombiano". In Pizarro Wilson, Carlos. *Temas de responsabilidad civil*. Cuadernos de análisis jurídicos I. Ed. Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2004, pp. 235 a 247.
- 25 Parte de la doctrina chilena contemporánea parece inclinarse hacia una solución similar a la del derecho colombiano, sosteniendo que el artículo 2329 del Código Civil (art. 2356 C.C. col.) consagra una presunción de culpa por la peligrosidad desproporcionada de la acción. Véase: Barros Bourie, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. Ed. Jurídica, Santiago, 2006, pp. 151 a 154.
- 26 "[...][N]o puede liberarse del todo sino en tanto pruebe el concurso exclusivo de una causa extraña que podrá consistir en la fuerza mayor, en un caso fortuito o en la intervención de un elemento no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente [...]". C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina. Ed. Legis, Bogotá, diciembre de 1992, p. 1157.
- 27 "[...] [E]n la época contemporánea, en la legislación civil, se ha incrementado el uso de estas nociones de contenido variable, con el objetivo de atenuar la aplicación del derecho y aumentar el margen de acción del juez, quien se ve transformado en un experto que tiene por misión pronunciarse en función de los intereses en cuestión [...]". Oppetit, Bruno. "Droit et économie". In *Droit et modernité*. Ed. PUF, Paris, 1998, p. 179.
- 28 C.S.J. Cas. Civ. 25/10/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Jurisprudencia y Doctrina 12/1999 p. 2227.

- Sobre la utilización de vehículos automotores terrestres, consúltese: C.S.J. Cas. Civil. 18/03/1976 M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G.J. No. 2393, p. 67 ss., C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina 06/1999 pp. 984 y 985, C.S.J. Cas. Civ. 23/10/2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2001 pp. 2439 y 2440. Respecto de la conducción y suministro de energía eléctrica: C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina 12/1992, pp. 1157 y 1158., C.S.J. Cas. Civ. 30/09/2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Jurisprudencia y Doctrina 12/2002, p. 2613 ss. En lo referente a daños causados por la utilización de ciertas máquinas: C.S.J. Cas. Civil. 31 / 05/ 38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, pp. 561 y 562., Con respecto a la fumigación de cultivos con sustancias tóxicas: C.S.J. Cas. Civ. 20/08/1987. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2427 p. 136 ss. Sobre la construcción de edificios: C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1990. M.P. Héctor Marín Naranjo. G. J., número 2439 p. 158 ss. y C.S.J. Cas. Civ. 5/04/1962. M.P. José Hernández Arbeláez. G. J., números 2253 – 2254 p. 341 ss. Sobre daños causados por elevadores: C.S.J. Cas. Civ. 1/10/1963. M.P. Gustavo Fajardo Pinzón. G. J., números 2268 - 2269 p. 161 ss. Y en lo que respecta a la demolición de inmuebles: C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1979. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G. J., números 2310, 2311 y 2312 p. 95 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 27/04/1972. M.P. Germán Giraldo Zuluaga. G. J., números 2352 a 2357, p. 173 ss.
- 29 En un célebre fallo, la Corte Suprema colombiana condenó a la indemnización de perjuicios, con base en el artículo 2341 del Código Civil, por la equivocación del empleado bancario que realizó consignaciones en la cuenta de un cliente, las cuales dieron lugar a la sindicación de este último por peculado, y a su detención preventiva. Esta solución es muy criticable ya que existía un contrato entre el banco y el cliente y, por consiguiente, la equivocación del empleado del banco daría, más bien, lugar a comprometer la responsabilidad contractual de la entidad financiera. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 19/02/1974. M.P. Arturo C. Posada. G. J., Tomo CVI, pp. 148 a 168.
 - 30 Consúltese al respecto: Miranda Londoño, Alfonso. *Compilación de normas sobre derecho de la competencia en Colombia*. Ed. Universidad Javeriana / Cámara de Comercio de Bogotá, Bogotá, 2005.
 - 31 Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 19/11/1999. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. G. J., número 2500, p. 1045 ss., C.S.J. Cas. Civ. 13/10/1988. M.P. Pedro Lafont Pianetta. G. J. 2431, p. 203 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 5/08/1937. M.P. Juan Francisco Mújica, G. J. XLV, p. 418 ss.
 - 32 Consúltese: C.S.J. Cas. Civ. 12/08/2002. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 6151., C.S.J. Cas. Civ. 28/07/1998. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Exp. 4810., y C.S.J. Cas. Civ. 27/03/1998. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 4798.
 - 33 Véase, por ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 18/05/2005. M.P. Jaime Arrubla Paucar. Exp. 14415.
 - 34 Sobre los criterios utilizados por la Corte Suprema de Justicia colombiana para calificar las obligaciones como de medios o de resultado, consúltese: Castañeda Cáceres, Paola. *La distinción entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado. Análisis de los criterios adoptados por la Corte Suprema de Justicia*. Memoria de grado, dirigida por Fabrizio Mantilla Espinosa. Universidad del Rosario, Bogotá, 2003, inédita.
 - 35 Véase, por ejemplo, respecto del contrato de compraventa: C.S.J. Cas. Civ. 7/06/1951. M.P. Alberto Holguín Lloreda. G.J. números 2100 y 2101, p. 688 ss., y C.S.J. Cas. Civ. 26/01/1982. M.P. José María Esguerra Samper. G.J. t. CLXV, número 2406, p. 21 ss. En lo que concierne al contrato de arrendamiento de inmuebles, una jurisprudencia clásica confundió la obligación de guarda – obligación de medios- que pesa sobre el arrendatario con la obligación de restituir la cosa a la fecha de terminación del contrato y, dentro de esta perspectiva, llegó a sostener que esta última es una obligación de medios. Véase: C.S.J. Cas. Civ. 30/11/1935. M.P. Eduardo Zuleta

- Ángel. G. J. t. XLIII, números 1905 y 1906, pp. 175 a 187., y C.S.J. Cas. Civ. 5/05/1942. M.P. Aníbal Cardoso Gaitán. G.J. t. LIII, números 1845 y 1985, pp. 559 a 567.
- 36 Sobre las obligaciones de seguridad, véase: C.S.J. Cas. Civ. 18/10/2005, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, exp. No. 14491., C.S.J. Cas. Civ. 26/11/1986. M.P. Héctor Gómez Uribe. G.J. t. CLXXXIV, número 2423, pp. 359 a 389., y C.S.J. Cas. Civ. 12/09/1985. M.P. Horacio Montoya Gil. G.J. t. CLXXX, número 2419, pp. 407 a 426. Respecto de las obligaciones de información y de consejo del médico, la Ley 23 de 1981, en su artículo 16, establece que éste debe comunicar al paciente los *riesgos normalmente previsibles* para el caso concreto. Véase también: C. Const. 2/08/1999, T-551, M.P. Alejandro Martínez Caballero., y C.E. Secc. Terc. 24/01/2002, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, exp. No. 12706. En cuanto al secreto que deben guardar profesionales como médicos, contadores públicos, revisores fiscales, periodistas, etc.; véase: C. Const. 28/09/1993. M. P. Carlos Gaviria Díaz., C. Const. 13/06/1996; M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz., C. Const. 23/11/2000. T-1563. M. P. Cristina Pardo Schlesinger., C. Const. 4/03/1998. C-062. M. P. Carlos Gaviria Díaz., C. Const. 16/02/1995. SU-056 M.P. Antonio Barrera Carbonell.
- 37 Sobre la responsabilidad en la prestación de servicios médicos, consúltese: Jaramillo Jaramillo. Carlos Ignacio. *Responsabilidad civil médica*. Pontificia Universidad Javeriana. Col. Ensayos No. 8, Bogotá 2006., Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo II. Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 2005, pp. 254 a 276., y Tamayo Jaramillo, Javier. *Sobre la prueba de la culpa médica*. Ed. Diké, Medellín, 2001.
- 38 Sobre la responsabilidad civil de los otorgantes de la fe pública, del empresario y la responsabilidad derivada del transporte terrestre y aéreo, véase: Santos Ballesteros, Jorge. *Instituciones de responsabilidad civil*. Tomo III. Ed. Universidad Javeriana, Bogotá, 2006, pp. 151 a 284 y 351 a 412.
- 39 Por ejemplo, en el contrato de fiducia (arts. 1226 a 1244 C.Co. col.), el artículo 1243 del Código de Comercio establece expresamente que el fiduciario responde hasta por culpa leve en el cumplimiento de su misión, lo cual no significa que todas las obligaciones que nacen del contrato para el profesional sean de medios. Así, pues, ciertas obligaciones como las de información y consejo y la de transferir los derechos al beneficiario una vez terminado el encargo, bien parecen obligaciones de resultado. Consúltese al respecto: Tamayo Jaramillo, Javier. "La responsabilidad civil del fiduciario". In De los Mozos y De los Mozos, José Luis y Soto Coaguila, Carlos Alberto. *Op. cit.*, pp. 311 a 331.
- 40 "[L]a calificación de las personas sirve, en la mayoría de los casos, para delimitar lo que aquellas pueden hacer o no pueden hacer, es decir su libertad [...]". Silva Romero, Eduardo. *Wittgenstein et la philosophie du droit*. Ed. PUF, coll. Droit, éthique et société, Paris 2002, pp. 71 y 72.
- 41 Véase al respecto: Le Tourneau, Philippe. La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin). *RTD civ.*, 3, 1988, pp. 505 a 518.
- 42 Tunc, André. *La responsabilité civile*. Ed. Economica, Paris, 1989, p. 98.
- 43 Los seguros de responsabilidad y el cargo de los costos de los daños al precio de los productos son los principales mecanismos para conseguir estos objetivos de transferencia y distribución. Consúltese al respecto: Calabresi, Guido. "El costo de los accidentes". In Rosenkrantz, Carlos. *Responsabilidad extracontractual*. Ed. Gedisa/Yale Law School/Universidad de Palermo, Barcelona, 2005, pp. 85 a 103., Bullard González, Alfredo. "El sistema de responsabilidad civil extracontractual". In *Derecho y economía. Análisis económico de las instituciones legales*. Ed. Palestra, Lima, 2006, pp. 701 a 714., y Tunc, André. *Op. cit.*, pp. 76 a 79.
- 44 "La concepción del Estado de Bienestar muestra la toma de conciencia por parte de la sociedad, de que ella es un todo que no puede remitirse a nada distinto que a ella misma, y de que le

- corresponde repartir entre sus miembros los riesgos que sufren sus asociados, según los principios de la transferencia y la distribución". Terestchenko, Michel. *Philosophie politique*. Tome I. Ed. Hachette, Les fondamentaux, Paris, 1994, p.149.
- 45 Sin embargo, ésta no es la única teoría utilizada por la Corte Suprema de Justicia colombiana. Para un análisis más completo al respecto, consúltese: Mantilla Espinosa, Fabrizio y Ternera Barrios, Francisco. La "culpa" en la responsabilidad civil extracontractual del derecho colombiano. *Revista de responsabilidad civil y seguros*. No. XII. Ed. La ley, Buenos Aires, 2006, pp. 125 a 137.
 - 46 C.S.J. Cas. Civ. 08/10/1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina. Ed. Legis, Bogotá, octubre de 1992, p. 1157.

A título de mero ejemplo, puede consultarse también: C.S.J. Cas. Civ. 05/05/1999. M.P. Jorge A. Castillo Rugeles. Jurisprudencia y Doctrina. Ed. Legis, Bogotá, junio de 1999, p. 984., C.S.J. Cas. Civ. 22/02/ 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Jurisprudencia y Doctrina. Ed. Legis, Bogotá, agosto 1995, p. 880., y C.S.J. Cas. Civ. 4/12/1963. M.P. Enrique López de la Pava, G. J., números 2268 y 2269, p. 279.
 - 47 C.S.J. Cas. Civ. 12/06/1990. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss. G.J. t. CC, número 2439, pp. 268 y 269.

Véase, también, a título de ejemplo: C.S.J. Cas. Civ. 19/04/1993. M.P. Pedro Laffont Pianetta. G.J. t. CCXXII, número 2461, p. 404., C.S.J. Cas. Civ. 26/09/1952. M.P. Pedro Castillo Pineda. G.J. t. LXXIII, números 2119 y 2120, pp. 248 y 249., y C.S.J. Cas. Civ. 7/06/1951. M.P. Alberto Holguín Lloreda. G.J. t. LXIX, números 2100 y 2101, p. 688.
 - 48 Sobre el método de Hugo Grocio para la creación de reglas generales a partir de los planteamientos de la moral judeo-cristiana, véase: Villey, Michel. *La formation de la pensée juridique moderne*. Ed. PUF, Paris, 2003, pp. 545 a 558.
 - 49 C.S.J. Cas. Civ. 22/05/2000. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Jurisprudencia y Doctrina. Ed. Legis, Bogotá, julio de 2000, p. 1138.
 - 50 "El jurisconsulto romano mantiene siempre su mirada fija en el caso concreto, sobre el cuál acostumbra a consultarlo. [...] [N]acido de la experiencia, siempre sometido al control de la experiencia, el derecho romano no se presenta como una construcción acabada; como un ordenamiento lógico de reglas implacables y fijas, una 'ciencia' en el sentido específico del término, un orden normativo. Aquél es una búsqueda, una vida. [...] [E]l principio del artículo 1382 [art. 2341 C.C. col.] no es expresado, en ninguna parte, en el derecho romano. En la época de los orígenes, la falta de un principio abstracto no tiene nada de sorprendente. De la misma manera que Roma, en un principio, sólo sancionó mediante la reivindicación ciertas situaciones especiales de los ciudadanos romanos con respecto a las cosas, aquélla sólo consagró sanción para ciertos delitos. [...]". Villey, Michel. *Le droit romain*. pp. 37 y 96.
 - 51 C.S.J. Cas. Civ. 8/05/1969. M.P. Guillermo Ospina Fernández. G.J. números 2310 a 2312, pp. 105 y 106.
 - 52 "Nuestra ansia de generalidad tiene otra fuente principal: nuestra preocupación por el método de la ciencia. Me refiero al método de reducir la explicación de los fenómenos naturales al menor número posible de leyes naturales primitivas [...]. En vez de 'el ansia de generalidad' podría haber dicho también 'la actitud despectiva hacia el caso particular'". Wittgenstein, Ludwig. *Los cuadernos azul y marrón*. Trad. Francisco Gracia Guillén. Ed. Tecnos, Madrid, 2001, p. 46.
 - 53 Una regla de fondo hace referencia al "derecho sustancial que fundamenta los derechos y las obligaciones [...]; por oposición a las reglas que presiden la prueba de los hechos y actos

jurídicos". Y una presunción es, simplemente, el "procedimiento técnico que permite, a su beneficiario, probar el hecho desconocido, difícil o imposible de demostrar directamente, mediante el aporte de la prueba, más fácil, del hecho conocido [...]". Cornu, Gérard. *Vocabulaire juridique*. Ed. PUF, Paris, 1996, pp. 372 y 640.

- 54 "[...] [L]as presunciones absolutas o irrefutables son mucho más que simples reglas de prueba de un derecho o de una situación jurídica, pues constituyen verdaderas reglas sustanciales imperativas, a la aplicación de las cuales no es posible escapar, especialmente aportando prueba contraria de lo que establecen". Larroumet, Christian. *Derecho Civil. Introducción al estudio del derecho privado*. Trad. Viviana Díaz Perilla. Ed. Legis/Universidad del Rosario/Ambassade de France, Bogotá, 2006, p. 388.

"Cuando la presunción se transforma en una regla de fondo del derecho, porque no se acepta la prueba en contrario, la responsabilidad es independiente de la culpa y está ligada al riesgo". Malaurie, Philippe et Aynès, Laurent. *Droit civil. Les obligations*. Ed. Cujas, Paris, 1998, p. 49.

"Una presunción de culpa, sostenía Henri Capitant, tiene que poderse desvirtuar mediante la prueba de la ausencia de culpa; si no ésta deja de ser una presunción de culpa". Rodière, René. "La présomption de responsabilité du fait des choses inanimées". In *Études offertes à Georges Ripert. Le droit privé français au milieu du XXème siècle*. Tome II Ed. R. Pichon et R. Durand-Auzias, Paris, 1950, p. 189.

- 55 La "presunción de responsabilidad" fue utilizada por nuestra jurisprudencia como fundamento en las primeras sentencias sobre actividades peligrosas. Consúltese: C.S.J. Cas. Civil. 14/03/38 M.P. Ricardo Hinestrosa Daza. G. J., t. XLVI, N° 1936, p. 211 a 217 y C.S.J. Cas. Civil. 31/05/38 M.P. Liborio Escallón. G. J., t. XLVI, N° 1936, p. 560 a 565.

Actualmente, parte de la doctrina nacional pretende explicarla como una noción autónoma, pero, estos intentos teóricos no han tenido mayor éxito. Véase, a manera de ejemplo: Martínez Ravé, Gilberto y Martínez Tamayo, Catalina. *Responsabilidad civil extracontractual*. Ed. Temis, Bogotá, 2003, pp. 727 y 795.

- 56 "Lo que quiero enseñar es: cómo pasar de un sinsentido no evidente a uno evidente". Wittgenstein, Ludwig. *Investigaciones filosóficas*. Trad. Alfonso García Suárez y Ulises Moulines. Ed. Crítica, Barcelona, 1988, p. 321, proposición 464.

- 57 "[...] [L]as 'ficciones en el derecho' o dogmáticas, [...], son el fruto de una *renuncia consciente* de la doctrina y la jurisprudencia que, mediante su empleo, intentan explicar el régimen de un instituto con la cobertura de una *mentira aceptable*. [...] Así, por ejemplo, en materia de responsabilidad civil, cuando se predica la necesidad de la culpa como factor de atribución, y se sostiene simultáneamente que la liberación exige la demostración de la incidencia de una causa ajena, se está ocultando bajo la apariencia de una imputación subjetiva una atribución objetiva del daño. [...] De esta forma el intérprete *instala* dogmáticamente una *ficción en el derecho* que traduce al mismo tiempo una *renuncia* y una dejación. Una renuncia, más o menos consciente, a brindar una explicación científicamente rigurosa del fenómeno considerado; y una dejación por parte de la doctrina cuyo deber, se entiende, consiste precisamente en señalarle al legislador el desarreglo entre la norma y la realidad. [...] Si un encanto ha tenido siempre la ficción es, precisamente, la posibilidad de *cambiar la norma sin mutar el texto*; si se quiere, una forma *conservadora* de innovar. Una manera de revestir la innovación con formas ya aceptadas para granjear la aceptación del cambio". De Lorenzo, Miguel Federico. "Breves reflexiones sobre ficciones y mitos en el derecho privado". In Alterini, Atilio y Nicolau, Noemí. *El derecho privado ante la internacionalización, la integración y la globalización. Homenaje al profesor Miguel Ángel Ciuro Caldani*. Ed. La ley, Buenos Aires, 2005, pp. 65, 66 y 67.

- 58 "Roma es la proyección de un mito. La conciencia histórica y las genealogías asociadas con ella tienen una dimensión política que no puede ser subestimada [...]". Monateri, P.G. "Gayo el negro: una búsqueda de los orígenes multiculturales de la tradición jurídica romana". In *La invención del derecho privado*. Trad. Carlos Morales de Setién Ravina. Ed. Siglo del hombre, Bogotá, p. 121.
- 59 "[...] [C]uando la doctrina, pese a ser consciente de la ficción, la conserva como explicación lógica, renunciando a todo proceso crítico sobre su valor científico, ésta termina, con el tiempo, por transformarse en un mito jurídico que es el punto en el cual las nociones y principios relativos y discutibles se vuelven absolutos. Es el estadio en el cual *el conocimiento se transforma en creencia*". De Lorenzo, Miguel Federico. *Op. cit.*, p 66.
- 60 Véase: Carbonnier, Jean. *Droit et passion du droit sous la Ve République*. Ed. Champs / Flammarion, Paris, 2006, pp. 151 a 155.
- 61 Goethe, J. W. *Fausto*. Trad. Edimat libros S.A. Ed. Sol 90, Barcelona, 2000, p. 44.